

Sonderdruck aus:

Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb

Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes
Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der
32. Tagung für Rechtsvergleichung vom
17. bis 19. September 2009 in Köln

Herausgegeben von

Peter Jung



Mohr Siebeck 2011

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich.

Paradigmenwechsel im EG-Gesellschaftsrecht – Der Vorschlag der EU-Kommission für ein Statut der Societas Privata Europaea¹

Peter Jung

I. Das Regelungsanliegen der EU-Kommission

Die GmbH stand auf EU-Ebene bislang im Schatten der Aktiengesellschaft. Immerhin betreffen die Richtlinien zur Publizität² und Rechnungslegung³ sowie die Zehnte⁴ und Zwölfte⁵ Richtlinie zum Gesellschaftsrecht auch die personenbezogenen Kapitalgesellschaften nach dem Modell der GmbH. Dennoch sehen die EU-Kommission und vor allem das EU-Parlament im Bereich der

¹ Dieser Beitrag des Herausgebers, der zum Zeitpunkt der Fachgruppensitzung in leicht veränderter Form in der Festschrift für Roland von Büren (Peter V. Kunz u. a. [Hrsg.], *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren*, Bern 2009) erschienen ist, muss an dieser Stelle den leider ausgefallenen Beitrag zum selben Thema von Paul Davies (London) ersetzen.

² Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (»Publizitätsrichtlinie«), ABl. L 65/8 v. 14. 3. 1968, geändert durch Richtlinie 2003/58/EG v. 15. 7. 2003 (ABl. L 221/13 v. 4. 9. 2003); Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsform errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (»Zweigniederlassungsrichtlinie«), ABl. L 395/36 v. 30. 12. 1989.

³ Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (»Bilanzrichtlinie«), ABl. L 222/11 v. 14. 8. 1978 (seither mehrfach geändert); Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluß (»Konzernabschlussrichtlinie«), ABl. L 193/1 v. 18. 7. 1983 (seither mehrfach geändert); die Richtlinie 84/253/EWG (»Prüferbefähigungsrichtlinie«) wurde inzwischen aufgehoben durch RL 2006/43/EG.

⁴ Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (»Internationale Fusionsrichtlinie«), ABl. L 310/1 v. 25. 11. 2005.

⁵ Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (»Einpersonen-GmbH-Richtlinie«), ABl. L 395/40 v. 30. 12. 1989.

personenbezogenen Kapitalgesellschaften mit Recht noch Nachholbedarf⁶. Die EU-Kommission hat daher am 25. 6. 2008 einen Entwurf für ein Statut der Europäischen Privatgesellschaft (Societas Privata Europaea, SPE) vorgelegt⁷. Sie entspricht mit dieser Vorlage einem lang gehegten Wunsch der Praxis.

Seit längerem wird nämlich von den Wirtschaftsverbänden die Schaffung einer geschlossenen Kapitalgesellschaft für kleine und mittlere Unternehmen gefordert. Bereits 1997 legte eine bei der Pariser Handelskammer angesiedelte Arbeitsgruppe erste Vorschläge für eine société privée européenne vor⁸, die ein Jahr später in einen von einem internationalen Expertengremium ausgearbeiteten Statutenentwurf mündeten⁹. Auch wenn der zehn Jahre später von der EU-Kommission vorgelegte Entwurf für ein Statut der Societas Privata Europaea der Sache nach an diese Initiativen anknüpft, hat er inhaltlich aufgrund starker Einflüsse aus dem anglo-amerikanischen Recht nur noch wenig mit den stark durch das französische und deutsche GmbH-Recht geprägten ursprünglichen Vorschlägen zu tun.

Die EU-Kommission möchte mit dem Statut der Societas Privata Europaea, das Teil eines ganzen Maßnahmenpakets zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen ist¹⁰, den unionsweit 23 Millionen kleinen und mittleren Unternehmen ein attraktives gesellschaftsrechtliches Angebot für deren noch ausbaufähige grenzüberschreitende Aktivitäten¹¹ im Binnenmarkt machen. Angesichts des bislang relativ bescheidenen Erfolgs der anderen supranationalen Gesellschaftsformen¹² ist sie bestrebt, deren Schwächen zu vermeiden und hierzu den Anwendungsbereich auch auf rein nationale Sachverhalte auszuweiten sowie

⁶ Erwägungsgrund 2 SPE-VO-E.

⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM(2008) 396.

⁸ Boucourechliev (Hrsg.), Propositions pour une société fermée européenne, 1997.

⁹ Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris/Conseil National du Patronat Français, Société Privée européenne – une société de partenaires, 1998; dazu näher Helms, Die europäische Privatgesellschaft – Rechtliche Strukturen und Regelungsprobleme einer supranationalen Gesellschaft des Gemeinschaftsrechts, 1998; Hommelhoff, Die Europäische Privatgesellschaft – Diskussionsstand 2003 und Fortgang, in: Festschrift für Peter Doralt, 2004, S. 199 ff.

¹⁰ Mitteilung der Kommission vom 25. Juni 2008 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Vorfahrt für KMU in Europa – Der »Small Business Act« für Europa, KOM(2008) 394 endg.

¹¹ Nach Angaben der EU-Kommission (Ziff. 1 der Begründung zum SPE-VO-E) machen kleine und mittlere Unternehmen in der Europäischen Union mehr als 99% der Unternehmen aus, beschäftigen annähernd 70% der privatwirtschaftlichen Arbeitnehmer, tragen aber lediglich 8% zum grenzübergreifenden Handel bei. Nur 5% dieser Unternehmen verfügen über Tochtergesellschaften oder Gemeinschaftsunternehmen im Ausland.

¹² Es bestehen aktuell vermutlich nicht mehr als 1500 EWIV (dazu Funkat, Die praktische Akzeptanz der EWIV als Gesellschaft, EWS 1998, 122 ff.; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, N. 1069 mit Fn. 6), gut 200 vor allem in Deutschland gegründete SE, wobei nur etwa 50 (darunter immerhin so bedeutende Gesellschaften wie die Allianz SE, STRABAG SE, BASF SE und Porsche SE) operativ tätig sind (aktuelle Zahlen unter www.worker-parti-

ein möglichst einheitliches und alle relevanten gesellschaftsrechtlichen Fragen abdeckendes supranationales Statut zu schaffen¹³. Sie möchte darüber hinaus die Gesellschaftsform durch eine Vereinfachung und Beschleunigung des Gründungsverfahrens sowie eine weitreichende Gestaltungsfreiheit noch attraktiver als die englische Private Company Limited by Shares (Limited) erscheinen lassen¹⁴. Um diese Ziele zu erreichen, ist die Kommission bereit, mit tradierten Grundsätzen des EG-Gesellschaftsrechts zu brechen, wie sie namentlich in der Ersten¹⁵, Zweiten¹⁶, Dritten¹⁷ und Sechsten¹⁸ Richtlinie zum Gesellschaftsrecht niedergelegt sind. Hierin liegt die Brisanz der gemachten Vorschläge.

II. Neuerungen im Entwurf für ein SPE-Statut

1. Aufgabe des Mehrstaatlichkeitserfordernisses

Die bisherigen supranationalen Gesellschaftsformen stehen den (Gründer-)Gesellschaftern nur dann zur Verfügung, wenn gesellschaftsrechtlich ein grenzübergreifender Sachverhalt gegeben ist¹⁹. So sind etwa bei der Societas Europaea

cipation.eu/european_company) und nur sehr wenige SCE (dazu Wulfers, Der Treuegedanke im Recht der Europäischen Genossenschaft, im Erscheinen).

¹³ Ziff. 4 der Begründung sowie Erwägungsgründe 3 und 6 SPE-VO-E.

¹⁴ Vgl. dazu ohne Bezugnahme auf die englische Limited Ziff. 2 der Begründung zum SPE-VO-E.

¹⁵ Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (»Publizitätsrichtlinie«), ABl. L 65/8 v. 14. 3. 1968, geändert durch Richtlinie 2003/58/EG v. 15. 7. 2003 (ABl. L 221/13 v. 4. 9. 2003).

¹⁶ Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (»Kapitalrichtlinie«), ABl. L 26/1 v. 30. 1. 1977, geändert durch Richtlinie 92/101/EWG des Rates vom 23. November 1992 (ABl. L 347/64 v. 28. 11. 1992) und Richtlinie 2006/68/EG vom 6. September 2006 (ABl. L 264/32 v. 25. 9. 2006).

¹⁷ Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (»Interne Fusionsrichtlinie«), ABl. L 295/36 v. 20. 10. 1978.

¹⁸ Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17. Dezember 1982 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (»Spaltungsrichtlinie«), ABl. L 378/47 v. 31. 12. 1982.

¹⁹ Art. 4 Abs. 2 der Verordnung EWG/2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. L 199 v. 31. 7. 1985, S. 1 ff.; Art. 2 der Verordnung EG/2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294 v. 10. 11. 2001, S. 1 ff.; Art. 2 Abs. 1 der Verordnung EG/1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. 2003 L 207 v. 18. 8. 2003, S. 1 ff.

nur vier originäre Gründungsformen mit grenzüberschreitendem Charakter²⁰ sowie die sekundäre Gründung einer Tochter-SE durch eine originär gegründete SE²¹ zugelassen. Mit diesen sog. Mehrstaatlichkeitserfordernissen trug man vor dem Hintergrund der Kompetenzfrage zum einen dem Binnenmarktziel²² und zum anderen den Prinzipien der Subsidiarität²³ und Verhältnismäßigkeit²⁴ Rechnung.

Einen ersten Systembruch stellt es daher dar, wenn die EU-Kommission nunmehr bei der *Societas Privata Europaea* auf jegliches Mehrstaatlichkeitserfordernis verzichtet und die supranationale Gesellschaftsform damit auch für rein nationale Sachverhalte öffnet²⁵. Die SPE soll danach nicht mehr ausschließlich der grenzüberschreitenden Tätigkeit und Zusammenarbeit von Unternehmen dienen, sondern auch den mitgliedstaatlichen Gesellschaftsformen intern Konkurrenz machen. Dies steht auch im Gegensatz zu gleichzeitig angestellten Überlegungen der EU-Kommission, gerade die sich auf rein innerstaatliche Sachverhalte beziehenden Richtlinien, wie insbesondere die Dritte und Sechste Richtlinie, wieder aufzuheben und damit die Regelung dieser Materien wieder in die Hände der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zu legen²⁶.

Die EU-Kommission hat ihre bewusste Entscheidung damit begründet, dass die Mehrstaatlichkeitserfordernisse einerseits schwer zu überprüfen und andererseits leicht zu umgehen seien. Darüber hinaus möchte sie sicherstellen, dass auch die (zunächst) rein national agierenden Unternehmen vom Start weg in das

²⁰ Vorgesehen ist zum einen eine Gründung durch die grenzüberschreitende Fusion von Aktiengesellschaften (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 17 ff. SE-VO). Die Anteilseigner von mindestens zwei Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mbH aus verschiedenen Mitgliedstaaten bzw. mit Tochtergesellschaften oder Niederlassungen in verschiedenen EWR-Staaten können so dann auch eine SE-Holding gründen, indem sie ihre Anteile in diese einbringen (Art. 2 Abs. 2 i. V. m. 32 ff. SE-VO). Gesellschaften jeder Rechtsform und juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist drittens die Errichtung eines SE-Gemeinschaftsunternehmens möglich (Art. 2 Abs. 3 i. V. m. 35 ff. SE-VO). Eine SE kann schliesslich noch durch Umwandlung aus einer Aktiengesellschaft mit Sitz in demselben Staat und Tochtergesellschaften bzw. Niederlassungen in anderen EWR-Staaten hervorgehen (Art. 2 Abs. 4 i. V. m. 37 SE-VO).

²¹ Art. 3 Abs. 2 SE-VO.

²² Nach Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV schafft die Gemeinschaft einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist.

²³ Nach Art. 5 Abs. 2 EGV wird die Gemeinschaft in Bereichen, die nicht in ihre ausschliessliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Massnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

²⁴ Nach Art. 5 Abs. 3 EGV gehen die Massnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele des EGV erforderliche Mass hinaus.

²⁵ Art. 3 Abs. 1 lit. e SPE-VO-E (Fn. 7).

²⁶ Mitteilung der Kommission vom 10.7. 2007 KOM(2007) 394 endg. über ein vereinfachtes Unternehmensumfeld in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung und Abschlussprüfung, Ziff. 3.1.1.

Rechtskleid der SPE schlüpfen können, damit sie später ihr Potential an grenzübergreifender Aktivität ohne das Hindernis einer Notwendigkeit zur Umwandlung sofort ausschöpfen können²⁷.

Die Argumente der EU-Kommission sind wenig überzeugend. Der Prüfungsaufwand und die Umgehungsmöglichkeiten wären zunächst von der Ausgestaltung des Mehrstaatlichkeitserfordernisses abhängig. Setzte die Gründung einer SPE etwa nur als Gesellschaftsgegenstand eine (beabsichtigte) grenzübergreifende Unternehmenstätigkeit voraus²⁸, so wäre diese Voraussetzung einerseits leicht zu kontrollieren, wenn man entgegen dem derzeit vorliegenden Entwurf den Unternehmensgegenstand zum zwingenden Satzungsbestandteil erklärte, aber andererseits auch keine schwer zu nehmende Hürde, da das tatsächliche Vorhandensein der Absicht von der eintragenden Stelle kaum geprüft werden könnte. Zu empfehlen wären daher ernst zu nehmende grenzübergreifende Erfordernisse nach dem Vorbild der anderen supranationalen Gesellschaftsformen²⁹. Die Überprüfung derartiger Mehrstaatlichkeitskriterien würde lediglich Angaben zum Satzungs- bzw. Wohnsitz der Gründer, ggf. zu Niederlassungen des Unternehmens und zum Gründungsvorgang erfordern. Alle diese Angaben müssen die Gründer nicht nur wahrheitsgemäß machen, sie unterliegen auch mit Ausnahme der kein Unternehmen betreibenden natürlichen Personen allesamt der Publizitätspflicht nach der Ersten bzw. Elften Richtlinie zum Gesellschaftsrecht, so dass sie relativ einfach durch die demnächst europaweit elektronisch mögliche Einsichtnahme³⁰ in die betreffenden Unternehmensregister überprüft werden können. Bei natürlichen Privatpersonen kann der Wohnsitz durch eine Auskunft des zuständigen Einwohnermeldeamts überprüft werden. Umgehungen derartiger Mehrstaatlichkeitserfordernisse sind bei der Gründung zwar möglich³¹, erfordern jedoch mit der Gründung von Gesellschaften im Ausland oder der Einschaltung von ausländischen Strohpersonen einen gewissen Aufwand, den kleine und mittlere Unternehmen vielfach scheuen dürften. Bei auf der Hand liegenden Umgehungen müssten die Gründer zudem den allgemeinen Missbrauchsvorbehalt des Gemeinschaftsrechts fürchten³².

²⁷ Ziff. 4 der Begründung zum SPE-VO-E; siehe dazu auch die Stellungnahme der EU-Kommission vom 25. 11. 2008 zur Kritik des deutschen Bundesrats (zu BR-Drucks. 479/08).

²⁸ So der Änderungsantrag Nr. 7 in dem vom Berichterstatter des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments, Klaus-Heiner Lehne, am 9.9. 2008 erstellten Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (KOM(2008)0396 – C6-0283/2008–2008/0130(CNS)).

²⁹ Vgl. dazu auch die weiteren Vorschläge im Änderungsantrag Nr. 7 des Berichtsentwurfs von Lehne (Fn. 28).

³⁰ Siehe dazu das von der EU-Kommission geförderte Projekt Business Register Interoperability Throughout Europe (BRITE) unter <http://www.briteproject.net>.

³¹ Dazu auch *Dejmek*, Das künftige Europa und die Europäische Privatgesellschaft, NZG 2001, 878, 879.

³² Siehe zum allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot speziell im Gesellschaftsrecht EuGH

Es erscheint schließlich auch fraglich, ob sich ein rein national tätiges Unternehmen nur aufgrund der Tatsache, dass es künftig vielleicht einmal zu den derzeit 8% grenzüberschreitend tätigen kleinen und mittleren Unternehmen gehören könnte, bei der Gründung gerade aus diesem Grund bereits für eine Gesellschaftsform entscheidet, die ihr aktuell nur einen erheblichen Zusatzaufwand und mögliche Akzeptanzprobleme beschert³³.

Unausgesprochen geht es der EU-Kommission daher sicherlich auch darum, ihre neue Gesellschaftsform als echte Alternative zu den nationalen Gesellschaftsformen anbieten zu können. Der supranationale Gesetzgeber möchte sich am Wettbewerb um die Rechtsformwahl von Seiten der (Gründungs-)Gesellschafter beteiligen. Dies dürfte nicht nur der Verbreitung der SPE als solcher förderlich sein, sondern auch mittelbar zu Angleichungsprozessen in den GmbH-Rechten der Mitgliedstaaten führen. So wie die vermeintliche Attraktivität des Gesellschaftsrechts der englischen Limited, das aufgrund der Rechtsprechung des EuGH³⁴ und des EFTA-Gerichtshofs³⁵ zur Niederlassungsfreiheit bereits jetzt in allen EWR-Mitgliedstaaten prinzipiell als Gesellschaftsstatut gewählt werden kann, etwa die Reform des deutschen GmbH-Rechts mit ausgelöst hat³⁶, so könnte auch das SPE-Statut entsprechende legislatorische Maßnahmen der Mitgliedstaaten herausfordern. Derartige Angleichungsmaßnahmen könnten auch durch den Wunsch des nationalen Gesetzgebers befördert werden, sein GmbH-Recht möglichst einheitlich auszugestalten und eine Diskriminierung der nationalen Rechtsform zu beseitigen.

Man kann das zusätzliche Angebot einer supranationalen Gesellschaftsform und die mit ihr verbundenen Rechtsangleichungseffekte durchaus begrüßen. Dennoch stellt sich die Frage, ob die Kommission hierfür vor dem Hintergrund des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips überhaupt über eine Kompetenz verfügt. Ein supranationales Zusatzangebot für rein nationale Sachverhalte lässt sich nämlich nur damit begründen, dass es die grenzüberschreitende Tätigkeit von Unternehmen erleichtert. Ob die Erleichterung von

Rs C-367/96, Slg. 1998, I-2843, Tz. 20 (Kefalas) und EuGH Rs C-373/97, Slg. 2000, I-1705, Tz. 33 (Diamantis); den Vorbehalt erwähnend und lediglich in casu verneinend EuGH Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 Tz. 27 (Centros) und EuGH Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 Tz. 96f. (Inspire Art).

³³ Dazu noch unten bei Fn. 112ff.

³⁴ Siehe dazu nur EuGH v. 9. 3. 1999 (Rs. C-212/97), Slg. 1999, I-1459 (Centros); EuGH v. 5. 11. 2002 (Rs. C-208/00), Slg. 2002, I-9919 (Überseering) und EuGH v. 30. 9. 2003 (Rs. C-167/01), Slg. 2003, I-10155 (Inspire Art).

³⁵ Siehe dazu EFTA-Gerichtshof v. 22. 2. 2002 (E-2/01), ABl. EG 2002, C 115/13 v. 16. 5. 2002 (Pucher) und EFTA-Gerichtshof v. 1. 7. 2005 (E-8/04), C 45/15 v. 23. 2. 2006 (EFTA-Aufsichtbehörde/FL).

³⁶ Siehe dazu die verschiedentlich auf die englische Limited und das Ziel einer internationalen Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH Bezug nehmende Begründung zum RegE für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, Reg-E MoMiG (BT-Drucks. 16/6140, S. 1).

lediglich vage in Aussicht stehenden grenzüberschreitenden Tätigkeiten eines Unternehmens und die ebenfalls keineswegs gesicherte Erwartung von mittelbaren Rechtsangleichungseffekten ausreichen werden, um einen derart schwerwiegenden Eingriff in die gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen der Mitgliedstaaten zu rechtfertigen, ist zweifelhaft. Da der EuGH die Einschlägigkeit von Art. 308 EGV als Kompetenzgrundlage gerade auch damit begründet hat, dass das SCE-Statut die einschlägigen nationalen Gesellschaftsformen unberührt lasse³⁷, stellt sich zudem die Frage, ob das SPE-Statut wegen seiner Auswirkungen auf die nationalen Gesellschaftsformen (Konkurrenz und möglicher mittelbarer Angleichungseffekt) nicht auf der Grundlage und im Verfahren von Art. 95 EGV erlassen werden müsste.

2. Einführung einer neuen Regelungstechnik

a) Vollstatut mit umfangreichen Gestaltungsaufträgen an die Gesellschafter

Das SPE-Statut ist nach dem vorliegenden Entwurf im Vergleich zu den anderen supranationalen Gesellschaftsstatuten durch eine neue Regelungstechnik gekennzeichnet. Es ist ein Vollstatut, in dem fast alle wichtigen gesellschaftsrechtlichen Fragen geregelt werden. Dies geschieht allerdings weder durch die nur vereinzelt detaillierte Regelungen enthaltende Verordnung selbst³⁸ noch durch allzu häufige Verweise auf nationales Recht³⁹. Die weit reichende supranationale Regelung wurde vielmehr dadurch möglich, dass sehr viele zwischen den Mitgliedstaaten umstrittene Fragen durch spezifischen Verweis oder durch den generellen Verweis in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 SPE-VO-E der das nationale Recht verdrängenden Satzungsregelung durch die Gesellschafter überantwortet wurden⁴⁰. Dabei sind diese Gestaltungsaufträge zumeist obligatorischer und nur selten fakultativer Natur. Die Gesellschafter erhalten danach nicht nur Ge-

³⁷ EuGH v. 2. 5. 2006 Rs. C-436/03 EuZW 2006, 380 (Rz. 44).

³⁸ Detaillierte Regelungen finden sich etwa für das Anteilseignerverzeichnis (Art. 15), das Ausscheiden eines Anteilseigners (Art. 18) und die Sitzverlegung (Art. 35 ff.).

³⁹ Im SPE-VO-E finden sich etwa 20 Verweise auf innerstaatliches bzw. nationales Recht (z. B. Art. 25: Rechnungslegung, Art. 20 Abs. 3: Einlageleistung, Art. 27 Abs. 4 UAbs. 2: Beschlussanfechtung, Art. 31 Abs. 5: Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Unternehmensleitung), wobei einige Verweise weniger nachteilig ins Gewicht fallen, weil sie sich auf durch Richtlinien angeglichenes Recht beziehen; nach den Änderungsanträgen Nr. 24, 33 und 40 des Berichtsentwurfs von *Lehne* (Fn. 28) sollen die Verweise auf nationales Recht noch weiter zurückgedrängt werden; bei der SE sind es hingegen etwa 80 Verweise (krit. dazu *Fountoulakis/Jung*, Die Societas Europaea als Option für multinationale Unternehmen, SZIER 2006, 525, 528 f. und 535 f.).

⁴⁰ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 6 SPE-VO-E; zu dieser Technik gerade auch im Zusammenhang mit der Europäischen Privatgesellschaft *Beier*, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 256 ff.

staltungsfreiheit, sondern sehen sich auch umfangreichen und kostspieligen Gestaltungspflichten ausgesetzt⁴¹.

Der Rückzug des europäischen Gesetzgebers aus der Regelungsverantwortung⁴² und den damit verbundenen inhaltlichen Auseinandersetzungen mag die Durchsetzung des Projekts befördern und insoweit ein geschickter Schachzug sein. Wie sogleich noch näher zu zeigen sein wird, schafft die neue Regelungstechnik jedoch auch zusätzliche Rechtsunsicherheit, ist demokratisch nicht hinreichend legitimiert und schwächt den Schutz von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern.

b) *Mustersatzung statt dispositivem Verordnungsrecht*

Die Kommission hat inzwischen eine sog. Beispielsatzung ausgearbeitet, die vermutlich von ihr als Empfehlung verabschiedet werden wird. Damit wird den (Gründer-)Gesellschaftern und ihren Beratern immerhin eine gewisse Leitlinie und Erleichterung bei der Abfassung der Satzung gegeben. Vermutlich werden aber neben der von der EU-Kommission als »Beispiel« ausgearbeiteten Satzung noch weitere, gerade auch nationalen Traditionen Rechnung tragende Mustersatzungen kursieren, wie dies etwa auch in der Schweiz der Fall ist, wo beispielsweise die Musterstatuten des Verbands der bernischen Notare nicht genau mit den Musterstatuten des Eidgenössischen Handelsregisteramts übereinstimmen.

Die Befürworter der aus kontinentaleuropäischer Sicht eher neuen Regelungstechnik⁴³ verweisen gerne darauf, dass zwischen einer Verordnung mit zwingenden und dispositiven Normen einerseits und der Kombination aus einer nur zwingende Regelungen enthaltenden Verordnung mit einer dispositiven Mustersatzung andererseits funktional kein Unterschied bestehe⁴⁴. Das ist zwar zutreffend, verschweigt jedoch, dass der Erlass einer Empfehlung durch die Kommission bereits viel weniger legitimiert ist als der Erlass einer Ratsverordnung mit Einstimmigkeit nach Anhörung des Europäischen Parlaments (Art. 308 EGV) bzw. mit qualifizierter Mehrheit unter Mitwirkung des Europäischen Parlaments im Mitentscheidungsverfahren (Art. 95, 251 EGV). Die Mustersatzung kann anders als das dispositive Gesetzesrecht auch nicht aus-

⁴¹ Nach Anhang I SPE-VO-E betrifft dies insbesondere Regelungen zur Anteilsstruktur, zum Ausschluss, zum Austritt, zum Kapitalschutz und zur Organisationsstruktur.

⁴² Krit. auch *Vossius*, Die Europäische Privatgesellschaft – Societas Europaea Privata, EWS 2007, 438, 441.

⁴³ Die Kombination aus zwingendem Statut und Mustersatzung bildet allerdings von Anfang an ein Charakteristikum der Vorschläge für eine Société privée européenne (s. schon Art. 13 des ersten Statutenentwurfs der internationalen CCIP/CNPF-Arbeitsgruppe, Fn. 9); demnächst wird zudem Art. 2 Abs. 1a dtGmbHG n.F. eine vereinfachte Gründung mittels der in der Anlage zum GmbHG enthaltenen Mustersatzung vorsehen.

⁴⁴ *Hommelhoff/Teichmann*, Auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft (SPE), DStR 2008, 925, 930.

drücklich auf eine durch die Satzung bestehende Regelungsmöglichkeit hinweisen⁴⁵, sondern diese nur selbst entweder vornehmen oder nicht vornehmen. Auch ist es für die Gesellschafter zumindest ein psychologischer Unterschied, ob sie sich zu ihrer Entlastung schlicht auf das dispositive Verordnungsrecht und die zu ihm bestehende Rechtsprechung und Lehre verlassen können und in der Satzung lediglich die individuellen Parameter und gewünschten Abweichungen festlegen müssen oder ob sie nach anglo-amerikanischem Vorbild die Regelung – und sei es auch unter Zuhilfenahme einer Mustersatzung – selbst in die Hand zu nehmen und ihre Unterschrift unter eine deutlich verlängerte Satzung zu setzen haben. Soweit einzelne Mitgliedstaaten nach wie vor die öffentliche Beurkundung der Satzung durch einen Notar vorsehen, wird dieser nicht nur ein langes Dokument zu verlesen, sondern vor der Unterschriftsleistung durch die Gesellschafter auch zahlreiche Erläuterungen zu geben haben. Indem vielfach ein zusammengehöriger Fragenkreis teilweise in der Verordnung und teilweise in der Satzung geregelt wird, müssen sich alle Betroffenen das anwendbare Recht in einem viel größeren Umfang als bislang erst »zusammensuchen«.

c) *Unbestimmte Reichweite des supranationalen Statuts*

Mit der Reichweite ihrer privatautonomen Regelung, die durch den Anhang I der SPE-VO noch keineswegs in allen Einzelheiten festgelegt wird, bestimmen die Gesellschafter – und auch das ist neu – zugleich über die Reichweite des supranationalen Statuts und die damit korrespondierende Verdrängung des nationalen Gesellschaftsrechts. Denn nur dort, wo weder die nur gelegentlich auf nationales Recht verweisende Verordnung selbst noch die Bestimmungen der Satzung zu den in Anhang I der SPE-VO vorgesehenen »Punkten«⁴⁶ eine Regelung enthalten, kommt nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 2 SPE-VO-E noch das nationale Recht zur Anwendung.

Künftig dürften zahlreiche Rechtsstreitigkeiten darüber geführt werden, ob ein »Punkt« nun abschließend durch die eigentlich Höchststandards setzende SPE-VO und die Satzung geregelt ist oder ob ergänzend nationales Recht herangezogen werden kann. So ist bereits vom Verordnungstext her unklar, ob Art. 8 Abs. 2 SPE-VO-E (»Die Satzung einer SPE liegt in schriftlicher Form vor und ist von allen Gründergesellschaften unterzeichnet.«) weitergehende nationale Regelungen ausschließt, nach denen die Satzung einer GmbH und damit ggf. auch einer SPE der öffentlichen Beurkundung bedarf. Ganz ähnlich stellt sich die Frage bei Art. 16 Abs. 2 SPE-VO-E, wonach alle Vereinbarungen über

⁴⁵ Eine typische Formulierung wäre etwa »Die Satzung kann noch andere Erfordernisse aufstellen«.

⁴⁶ Solche »Punkte« sind etwa »geldliche und nicht geldliche an die Anteile (Anteilskategorien) gebundene Rechte und Verpflichtungen« oder die »Angabe der Methode zur Annahme von Beschlüssen der Anteilseigner«.

die Übertragung von Anteilen – also vermutlich sowohl das Verpflichtungs- wie das Verfügungsgeschäft – der Schriftform bedürfen. Berücksichtigt man nun noch das vorgesehene Zusammenspiel von Verordnung, Anhang I und Satzung, entstehen zusätzliche Unklarheiten. So können etwa nach kontinentaleuropäischem Verständnis Treuepflichten von Gesellschaftern und Geschäftsführern das gesamte Gesellschaftsrecht überlagern und zu erweiterten Pflichten oder zur Einschränkung von Rechten führen. Während in Art. 31 SPE-VO-E eine allgemeine Interessenwahrungspflicht von Mitgliedern des Leitungsorgans vorgesehen wird, findet sich keine entsprechende Regelung für die Gesellschafter, was die Frage aufwirft, ob insoweit noch ein Rückgriff auf nationales Recht auch in Bereichen möglich bleibt, die eigentlich abschließend durch das Statut bzw. die Satzung geregelt sein sollen⁴⁷. Auch die nach Art. 33 Abs. 2 SPE-VO-E mögliche Einführung einer Kollektivvertretung wirft die Frage auf, ob die Satzung diese mit Wirkung gegenüber Dritten nur unter den Mitgliedern der Unternehmensleitung oder nach nationalem Recht auch in sog. gemischter Form unter Mitwirkung von rechtsgeschäftlichen Vertretern vorschreiben kann.

Sofern die Gesellschafter nicht die Mustersatzung der EU-Kommission verwenden bzw. in einzelnen Punkten von dieser abweichen, können auch Unklarheiten darüber entstehen, ob sie damit eine dem Art. 8 Abs. 1 SPE-VO-E gerecht werdende hinreichende Regelung eines Punktes getroffen haben oder ob die Satzung der eintragenden Stelle Grund zu einer das Eintragungsverfahren verzögernden Beanstandung gibt.

Da der Statutenentwurf auch nicht auf allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts verweist, entsteht bei Regelungslücken stets das unmittelbare Bedürfnis nach einem Rückgriff auf das nationale Recht. So wird etwa der generelle Ausschluss der *ultra vires*-Doktrin durch Art. 33 Abs. 1 S. 2 SPE-VO-E nicht durch einen Rückgriff auf Art. 9 Abs. 1 a. E. der RL 68/151/EWG oder das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot, sondern nur durch eine Anwendung der nationalen Lehren zum Missbrauch der Vertretungsmacht eingeschränkt werden können.

d) Zurückdrängung zwingenden Gesellschaftsrechts

Das eigentlich Problematische der neuen Regelungstechnik liegt jedoch darin, dass mit ihr auch herkömmlich durch zwingendes Gesellschaftsrecht entschiedene Regelungsfragen der Satzungsautonomie überlassen werden. Hiermit ist naturgemäß eine Schwächung des Schutzes von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern verbunden. So können die Gesellschafter nach den Vorstellungen der Kommission etwa über die Art der Einlageleistung frei entscheiden und

⁴⁷ Geklärt wird die Frage in einem positiven Sinne lediglich hinsichtlich der Inhaltskontrolle von Mehrheitsbeschlüssen, weil Art. 27 Abs. 4 UAbs. 2 SPE-VO-E für die Beschlussanfechtung auf nationales Recht verweist.

damit auch etwa nach französischem Vorbild bloße Dienstleistungsverpflichtungen als Einlageleistungen vorsehen. Sie können ferner auf Sonderregelungen zu Sacheinlagen und insbesondere im Gegensatz zum Schweizer Recht auf deren Prüfung verzichten⁴⁸. Ausschüttungen können nur noch an einen wenig anspruchsvoll ausgestalteten Bilanztest gebunden werden⁴⁹. Der Minderheitenschutz wird durch eine Beschränkung der mindestens eine Zwei-Drittel-Mehrheit der Stimmen erfordernden Beschlussgegenstände⁵⁰, den Verzicht auf ein zwingendes Bezugsrecht⁵¹ sowie ein nur in bestimmten Situationen gegebenes zwingendes Lösungsrecht⁵² geschwächt.

Mit der Zurückdrängung des zwingenden Rechts wächst zugleich auch die Bandbreite von möglichen Ausgestaltungsvarianten der SPE. Die bislang bekannte und zu Recht beklagte Differenzierung auf der Ebene der Mitgliedstaaten wird durch eine solche auf der Ebene der Gesellschafter ersetzt. Während es im Bereich des Dritte interessierenden zwingenden Rechts aktuell maximal 28⁵³ verschieden ausgestaltete Europäische Aktiengesellschaften geben kann, wird es auch im Bereich des herkömmlich zwingenden Rechts unzählige denkbare Gestaltungsvarianten der *Societas Privata Europaea* geben. Geschäftspartner werden künftig mithin nicht umhin kommen, sich bei bedeutenderen Geschäften die Satzung einer SPE genau anzusehen. Eine Erhöhung der Transaktionskosten und allfällige Verzögerungen werden die Folge sein.

3. Zwang zur maximal einstufigen Rechtmäßigkeitskontrolle

Die präventive Rechtmäßigkeitskontrolle bei der Gründung und Strukturänderung von Kapitalgesellschaften genießt im kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrecht seit jeher einen hohen Stellenwert. Im Interesse des Drittschutzes⁵⁴

⁴⁸ Art. 20 Abs. 1 SPE-VO-E i. V. m. Anhang I Kap. IV Spiegelstrich 3; vgl. zum Verzicht auf die Sacheinlagenprüfung auch Teil 1 Ziff. 3.1 des Entwurfs der Mustersatzung.

⁴⁹ Dazu unten bei Fn. 95 ff.

⁵⁰ So genügt für die Beschlussfassung über eine Kapitalerhöhung und die Befreiung des Leitungsorgans von einem Interessenkonflikt ein Mehrheitsbeschluss nach Massgabe der Satzung; auch Ziff. 2.4 und 5.8 lit. e von Teil 1 sowie Ziff. 7 von Teil 2 des Entwurfs der Mustersatzung sehen hierfür nur eine Mehrheit von mehr als 50% aller Stimmrechte vor; demgegenüber fordert der Änderungsantrag Nr. 31 des Berichtsentwurfs von *Lehne* (Fn. 28) mit Recht das qualifizierte Mehrheitserfordernis zumindest auch für die Kapitalerhöhung.

⁵¹ Die Einführung eines Bezugsrechts ist nach Anhang I Kap. III Spiegelstrich 6 SPE-VO-E fakultativ (vgl. auch Teil 2 Ziff. 11 des Entwurfs der Mustersatzung).

⁵² Art. 18 Abs. 1 SPE-VO-E; der Entwurf der Mustersatzung (Teil 1 Ziff. 2.8) sieht zudem keine Ausweitung des Lösungsrechts vor; demgegenüber plädiert der Änderungsantrag Nr. 20 des von *Lehne* erstellten Berichtsentwurfs (Fn. 28) mit Recht für eine ausdrücklich nicht abschliessende Regelung der Austrittsgründe.

⁵³ Aktuell geht es um die 27 Ausführungs- und Ergänzungsregelungen der Mitgliedstaaten sowie die im CA 2006 vorgesehenen Besonderheiten des schottischen Aktienrechts.

⁵⁴ Dritte sollen sich nicht ex post gegen Gesetzesverstöße zur Wehr setzen müssen, sondern bereits ex ante vor diesen geschützt werden.

sowie aus Furcht vor der für alle Beteiligten misslichen Unwirksamkeit von Kapitalgesellschaften⁵⁵ und aus Angst vor zahlreichen ex post entstehenden Rechtsstreitigkeiten⁵⁶ sieht auch Art. 10 der Publizitätsrichtlinie ein zwingendes Mindestmaß an präventiver Rechtmäßigkeitskontrolle bei Gründung und Satzungsänderung vor, wobei strengere nationale Regelungen möglich bleiben.

Statt eines generellen Verweises auf die Publizitätsrichtlinie und die in ihrer Umsetzung ergangenen nationalen Regelungen, der die Einheit des EG-Gesellschaftsrechts und der nationalen Gesellschaftsrechte wahren würde, soll die Gründungskontrolle nach Art. 10 Abs. 4 SPE-VO-E demgegenüber auf maximal eine Stelle reduziert werden. Nach Erwägungsgrund 8 kann diese einstufige Gründungskontrolle sogar erst nach der Eintragung erfolgen und nach dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 4 SPE-VO-E (»kann nur«) sogar ganz unterbleiben⁵⁷. Bei Satzungsänderungen wird ganz auf eine Kontrolle verzichtet, da eine solche nach Art. 10 Abs. 5 SPE-VO-E dem Register lediglich unter Beifügung der letzten vollständigen Satzungsfassung mitzuteilen ist und Art. 10 Abs. 4 nur auf die »Eintragung einer SPE«⁵⁸ Bezug nimmt⁵⁹.

Die mögliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Dokumente und Angaben der SPE obliegt nach dem Verordnungsentwurf entweder einer Justiz- bzw. Verwaltungsbehörde oder einer zertifizierenden Stelle. Damit könnten weiter reichende nationale Regelungen, die etwa die auch in der Schweiz bewährte Kombination aus einer neutralen und qualifizierten notariellen Beratung sowie einer staatlichen Registerkontrolle vorsehen, zumindest für die SPE nicht mehr aufrecht erhalten werden. Mitgliedstaaten, die wie etwa Deutschland oder Österreich traditionell und gerade auch beim neuen elektronischen Anmeldeverfahren auf die Zusammenarbeit von Notar und Registerrichter sowie auf eine doppelte Kontrolle gesetzt haben, müssten eine Sonderregelung für die SPE ein-

⁵⁵ Die teilweise Lösung der damit verbundenen erheblichen Probleme bildet den Gegenstand von Art. 11 und 12 der Richtlinie 68/151/EWG (Fn. 2).

⁵⁶ So rechtfertigt sich etwa die strenge präventive firmenrechtliche Kontrolle auch damit, dass hierdurch die Gefahr von zahlreichen parallelen Rechtsstreitigkeiten um die Zulässigkeit einer eingetragenen Firma deutlich vermindert wird.

⁵⁷ Die Änderungsanträge Nr. 1 und 12 des von *Lehne* erstellten Berichtsentwurfs (Fn. 28) sehen demgegenüber zu Recht wenigstens eine zwingende Festlegung auf die einstufige präventive Gründungskontrolle vor.

⁵⁸ Im Vergleich zu Art. 10 der Richtlinie 68/151/EWG (Fn. 2) ist diese Formulierung unzureichend. Wörtlich genommen, wäre sie viel zu eng und liesse die anfängliche Kontrolle spätestens bei der ersten Satzungsänderung leer laufen. Bezöge man andererseits die in Art. 10 Abs. 4 SPE-VO-E vorgesehenen Kontrollfordernisse auf sämtliche eintragungsfähigen Tatsachen im Zusammenhang mit einer SPE, würde dies in Systemen ohne Registerkontrolle zu einer sicherlich nicht beabsichtigten Ausdehnung des Erfordernisses der öffentlichen Beurkundung führen.

⁵⁹ Änderungsantrag Nr. 14 des von *Lehne* erstellten Berichtsentwurfs (Fn. 28) sieht daher mit Recht auch eine ausdrückliche Ausdehnung der Gründungskontrolle auf entsprechende Änderungen vor.

führen und insoweit eine die präventive Rechtmäßigkeitskontrolle schwächende Wahl zwischen Pest und Cholera treffen.

a) Beschränkung auf die staatliche Gründungskontrolle

Die erste Möglichkeit bestünde in einer Beschränkung auf die staatliche Gründungskontrolle. Die Gründergesellschaft oder eine von ihnen bevollmächtigte Person würden direkt bei der zuständigen Behörde bzw. dem Gericht den Antrag auf Eintragung der SPE stellen. Da die Gründung einer SPE die Gesellschaft zur Lösung zahlreicher rechtlicher Gestaltungsaufgaben zwingt⁶⁰, müssen sie entweder selbst bzw. ihre Rechtsabteilungen über die entsprechenden Rechtskenntnisse verfügen oder externe Beratung in Anspruch nehmen. Die externe Beratung könnte durch freiberuflich tätige Berater, durch Berufsverbände und Kammern oder durch die eintragende Stelle selbst erfolgen. In jedem Fall müsste die interne wie externe Beratung der Gründer von hoch qualifizierten Spezialisten vorgenommen werden. Bei einer Beratung durch die eintragende Stelle selbst läge der gesamte rechtliche Gründungsvorgang zwar in einer Hand, es käme jedoch auch zu einer Vermischung der Beratungs- und Kontrollfunktion.

Vor dem Hintergrund der sich bietenden Möglichkeiten erscheint es fraglich, ob die von der Kommission mit dem einstufigen Kontrollmodell verfolgten Ziele der Zeit- und Kostenersparnis⁶¹ wirklich erreicht werden. Die qualifizierte Beratung wird so oder so ihren Preis haben. Die Kosten für diese Beratung wären entweder in Form von Betriebskosten, Honoraren bzw. Gebühren von den Gründern oder über Mitgliedsbeiträge bzw. Steuern (auch) von Dritten zu tragen. Verzichteten die Gründer andererseits auf eine derartige Beratung, müssten sie sich entweder mit einer ihren individuellen Bedürfnissen vermutlich nicht gerecht werdenden Gründung mittels Mustersatzung zufrieden geben oder ihre individuellen Vorstellungen unmittelbar der eintragenden Stelle präsentieren und mit dieser in einen »konstruktiven Dialog« treten. Im zweiten Fall käme es zu allfälligen Beanstandungen, zu einer Zusatzbelastung für die eintragende Stelle und zu Verzögerungen des Gründungsverfahrens. Geregelt werden müsste auch, wie insbesondere im elektronischen Anmeldeverfahren die Identität der Gründer und Mitglieder des Leitungsorgans überprüft wird, um ansonsten drohende Missbräuche zu verhindern.

b) Beschränkung auf die notarielle Gründungskontrolle

Die andere Möglichkeit bestünde darin, die Kontrolle einzig durch eine private Zertifizierungsstelle durchführen zu lassen. Angeblich soll etwa Italien mit ei-

⁶⁰ Dazu bereits oben bei Fn. 38 ff.

⁶¹ Erwägungsgrund 8 SPE-VO-E.

ner einstufigen notariellen Gründungskontrolle gute Erfahrungen gemacht haben⁶². Hierzu müsste allerdings zunächst klar gestellt werden, dass der SPE-VO-E entgegen seines deutschen Wortlauts (»Beglaubigung«) unter der Zertifizierung (im englischen Text: »certification«; im französischen Text: »certification«) wie auch Art. 10 der Publizitätsrichtlinie die öffentliche Beurkundung (im deutschen Text: »öffentlich beurkundet«; im französischen Text: »par acte authentique«) versteht⁶³.

Auch bei dieser Variante müsste man sich jedoch fragen, ob der Verzicht auf die nachfolgende staatliche Kontrolle nicht ebenfalls mit erheblichen Nachteilen verbunden wäre. Natürlich könnte auch der Notar im Rahmen einer öffentlichen Beurkundung die qualifizierte Kontrolle abschließend sicherstellen. Dies würde aber auch seine Rolle im Beurkundungsverfahren weg von der Beratung hin zur Kontrolle verschieben. Zudem ginge die zusätzliche unabhängige Kontrolle durch die Registergerichte verloren. In diesem Zusammenhang wäre zu beachten, dass etwa in Deutschland die bedeutsamen materiellen Publizitätswirkungen des Handelsregisters, die aufgrund der Publizitätsrichtlinie zum *acquis communautaire* gehören, gerade auch auf der zuverlässigen und durch die Staatshaftung abgesicherten abschließenden Kontrolle durch den Registerrichter beruhen.

4. Herabsetzung von Publizitätsanforderungen

Der Statutenentwurf der EU-Kommission bleibt nicht nur hinter den Mindeststandards der Publizitätsrichtlinie zurück, er setzt damit zugleich auch Höchststandards für die SPE. Immerhin können die Mitgliedstaaten nach Art. 10 Abs. 2 SPE-VO-E im Zusammenhang mit der Anmeldung zur Registereintragung einige Angaben und Dokumente verlangen⁶⁴. Art. 11 SPE-VO-E sieht zudem eine »Veröffentlichung der nach dieser Verordnung offenzulegenden Dokumente und Angaben« vor, was sich insbesondere auf die in Art. 10 Abs. 2 SPE-VO-E enthaltene Liste von Angaben und Dokumenten bezieht. Diese Liste bleibt jedoch nicht nur hinter Art. 2 der Publizitätsrichtlinie zurück⁶⁵, sie ist auch nicht

⁶² Wachter, Verschlingung des Registerverfahrens bei der Gründung – Zwölf Vorschläge aus der Praxis, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 55, 94.

⁶³ Mit der vermutlich auf einem Übersetzungsfehler beruhenden Beschränkung auf eine bloße Beglaubigung wäre der fast vollständige Verzicht auf eine präventive Rechtmässigkeitskontrolle verbunden, da im Rahmen von öffentlichen Beglaubigungen etwa nach deutschem Recht nur das Fehlen eines Amtsversagungsgrundes sowie die Echtheit der Unterschrift und damit die Identität des Unterschreibenden, nicht aber die genauen Inhalte der Dokumente geprüft werden.

⁶⁴ Aufgeführt werden Name und Sitz der SPE, Angaben zu den Vertretungsberechtigten, das Gesellschaftskapital, die Struktur, Gesamtzahl und Wertigkeit der Anteile, die Satzung und allfällige Umstrukturierungsdokumente.

⁶⁵ In Art. 2 der Richtlinie 68/151/EWG (Fn. 2) sind noch der Errichtungsakt, die Art der

immer hinreichend mit der Liste der zwingenden Satzungsinhalte abgestimmt. So wäre etwa das Gründungskapital von der Publizität doppelt erfasst, nämlich zum einen aufgrund seiner gesonderten Nennung in Art. 10 Abs. 2 lit. c VO-E und zum anderen als zwingender Satzungsbestandteil nach Art. 10 Abs. 2 lit. g i. V. m. Anhang I Kap. II Spiegelstrich 3 SPE-VO-E. Eine Kapitaländerung wäre als solche zwar nicht offen zu legen, da sie keine Satzungsänderung erforderte, wohl aber wäre der entsprechende Beschluss nach Art. 27 Abs. 6 bekannt zu machen.

Die Publizitätsrichtlinie enthält zwar keine Regelung zur Gesellschafterpublizität, sie steht den entsprechenden nationalen Regelungen aber auch nicht entgegen. So ist in Österreich etwa eine Eintragung der Gesellschafter im Firmenbuch vorgesehen⁶⁶, wie sie bekanntlich auch das Schweizer GmbH-Recht kennt⁶⁷. In Deutschland ist immerhin noch von den hierfür haftenden Geschäftsführern nach jeder diesbezüglichen Veränderung eine Liste der Gesellschafter und ihrer Beteiligung zu den Handelsregisterakten einzureichen. Die Notare sind zudem zur Anzeige der von ihnen beurkundeten Anteilsabtretungen beim Registergericht verpflichtet⁶⁸. Der Verordnungsentwurf enthält demgegenüber nur eine Pflicht des Leitungsorgans zur Führung eines allerdings nicht über das Register einsehbaren Anteilseignerverzeichnisses als Höchststandard (Art. 15 SPE-VO-E). Damit wird einer Verschleierung der Beteiligungsverhältnisse Vorschub geleistet. Die sog. Kontrolltheorie, die bei einigen fremdenrechtlichen Normen, bei deren Anwendung auf Gesellschaften es nach dem Normzweck auf die Staatsangehörigkeit der die Gesellschaft kontrollierenden Gesellschafter ankommt, wäre nicht mehr einfach und zuverlässig handhabbar. In Deutschland würde die durch das MoMiG⁶⁹ gerade erst unterbundene unheilvolle Praxis der sog. GmbH-Bestattungen⁷⁰ bei der SPE aufgrund von nicht oder nur schwer nachvollziehbaren Beteiligungstransaktionen wieder aufleben können. Probleme könnten sich darüber hinaus bei der Aufklärung von Besteuerungs- und Konzernhaftungssachverhalten sowie von Geldwäschereidelikten ergeben. Sofern im Recht des Sitzstaats ein gutgläubiger Erwerb von SPE-Gesellschaftsanteilen vorgesehen ist⁷¹, ergäben sich ebenfalls

Vertretungsmacht (das Bestehen einer Kollektivvertretungsmacht wird lediglich nach Art. 33 Abs. 2 S. 1 SPE-VO-E aus der Satzung ersichtlich), die Rechnungslegungsdokumente (für die Rechnungslegung verweist Art. 25 Abs. 1 SPE-VO-E auf das nationale Recht) und die Beendigung bzw. Löschung (nach Art. 11 Abs. 2 lit. b und Art. 40 Abs. 4 SPE-VO-E ist nur die Auflösung bekannt zu geben) erwähnt.

⁶⁶ § 11 östGmbHG.

⁶⁷ Art. 791 OR.

⁶⁸ § 40 dtGmbHG.

⁶⁹ Hierzu trägt etwa die durch das MoMiG eingeführte subsidiäre Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit der GmbH nach § 15a Abs. 3 InsO n. F. bei.

⁷⁰ Siehe dazu näher Kleindiek, Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte »Firmenbestattung«, ZGR 2007, 276 ff.

⁷¹ Art. 16 Abs. 5 S. 2 VO-E verweist auf das nationale Recht.

Probleme. Denn dort müsste der gutgläubige Anteilserwerb in jedem Fall auf eine verlässliche Rechtsscheinbasis gestellt werden können. Die Gesellschafterliste, deren ordnungsgemäße Führung ebenso wenig von einer unabhängigen Stelle überprüft wird wie die nach Art. 16 Abs. 2 SPE-VO-E lediglich der privaten Schriftform bedürftige Anteilsübertragung, würde jedenfalls keine hinreichende Rechtsscheinbasis abgeben. Eine solche könnte allein das Handelsregister mit seinen materiellen Publizitätswirkungen bieten⁷², sofern die Anteilsberechtigung der eingetragenen Gesellschafter zuvor vom Registerrichter und/oder einem Notar verlässlich geprüft wurde. Die SPE-VO sollte daher zumindest denjenigen Mitgliedstaaten, die einen gutgläubigen Anteilserwerb kennen oder einführen möchten, die Möglichkeit geben, für die Anteilsübertragung die öffentliche Beurkundung bzw. die Registereintragung der Gesellschafter vorzusehen.

Nach Art. 11 Abs. 2 SPE-VO-E würde auch die Briefkopfpublizität auf rudimentäre Angaben beschränkt⁷³, so dass bei der SPE anders als bei der SE⁷⁴ und SCE⁷⁵ weiterreichende nationale Standards nicht zum Zuge kommen könnten. So könnte bei der SPE etwa in Deutschland auf die Angabe aller Geschäftsführer und in Frankreich auf die Nennung des Stammkapitalbetrags verzichtet werden. Angesichts des Wegfalls eines Mindestkapitalerfordernisses wäre aber gerade die Höhe des Stammkapitals eine für die Geschäftspartner wichtige Information. Da der Rechtsformzusatz SPE auch nicht die nach Art. 3 Abs. 1 lit. b SPE-VO-E gegebene Haftungsbeschränkung ausweist, wäre zudem an einen entsprechenden Hinweis zumindest in der Korrespondenz zu denken⁷⁶.

5. Aufgabe des Kapitalschutzkonzepts

a) Haftungsbeschränkung und Kapitalschutz

Das EG-Kapitalgesellschaftsrecht kennt den Grundsatz der beschränkten Haftung. Es kennt diesen Grundsatz selbst bei Einpersonengesellschaften. Es hat die aus ordnungspolitischer Sicht immer wieder kritisierte Haftungsbeschränkung⁷⁷ aber bislang zumindest im Aktienrecht als ein nicht selbstverständliches

⁷² Krit. sogar gegenüber einem über das Handelsregister vermittelten gutgläubigen Erwerb Zöllner, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, 175, 191.

⁷³ Publizitätspflichtig sind insoweit Informationen zum Register und zur Registernummer, Name der SPE und Anschrift des eingetragenen Sitzes sowie ggf. ein Auflösungshinweis.

⁷⁴ Siehe dazu etwa in Deutschland § 43 SEAG, der sich an § 80 dtAktG anlehnt.

⁷⁵ Art. 10 Abs. 1 S. 1 SCE-VO (Fn. 19).

⁷⁶ So muss etwa die neu geschaffene deutsche Unternehmungsgesellschaft nach § 5a Abs. 1 GmbHG-E in ihre Firma zur Klarstellung den Klammerzusatz »haftungsbeschränkt« aufnehmen.

⁷⁷ Gegenüber einer Sozialisierung der Verluste durch Haftungsbeschränkung generell kritisch Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. 1990, S. 279 ff.

Privileg betrachtet, das das EG-Gesellschaftsrecht im Zusammenspiel mit den nationalen Gesellschaftsrechten den Unternehmern nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt⁷⁸. Obwohl die Haftungsbeschränkung bei kleinen und mittleren Unternehmen sehr viel schwerer als bei Großunternehmen gerechtfertigt werden kann⁷⁹, erwägt die EU-Kommission eher die komplette Abschaffung der Richtlinie 77/91/EWG als deren Ausdehnung auf die SPE bzw. die nationalen GmbH⁸⁰.

b) Geringschätzung des traditionellen Kapitalschutzkonzepts

Obwohl das der Kapitalrichtlinie zugrunde liegende traditionelle Konzept eines durch Aufbringungs- und Erhaltungsregeln besonders gesicherten Haftungsgrundstocks vor allem unter anglo-amerikanischem Einfluss zunehmend unter Druck steht⁸¹, muss die deutliche Abkehr der EU-Kommission von diesem Konzept verwundern. Denn immerhin kennen noch die allermeisten mitgliedstaatlichen GmbH-Rechte entsprechende Kapitalschutzregeln⁸². Die Kommission setzt sich mit der weitgehenden Preisgabe des Kapitalschutzes zudem in Widerspruch zum EG-Finanzdienstleistungsrecht, wo sie der Stärkung der Eigenkapitalbasis von Finanzdienstleistern seit längerem besondere Aufmerksamkeit schenkt⁸³.

⁷⁸ Siehe dazu insbesondere die Richtlinie 77/91/EWG (Fn. 16).

⁷⁹ Siehe dazu auch die ökonomische Analyse von Leyendecker, Rechtsökonomische Überlegungen zur Einführung der Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt), GmbHR 2008, 302 ff.

⁸⁰ Ziff. 3.1.1 der Mitteilung KOM(2007) 394 endg. (Fn. 26) und S. 30 des Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company (SPE) – Impact assessment, SEC(2008) 2098.

⁸¹ Mitteilung KOM(2007) 394 endg. (Fn. 26), Ziff. 3.1.1; siehe dazu eingehend Rickford (Hrsg.), Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, EBLR 15 (2004), 919 ff. (sog. Rickford-Report).

⁸² So bestehen in den meisten Mitgliedstaaten nach wie vor Mindestkapitalanforderungen (z.B. § 6 Abs. 1 S. 2 öst. GmbHG: 35.000 EUR, Art. 214 belg. Code des sociétés: 18.550 EUR und art. 154 § 1 poln. KSH: 50.000 PLN) sowie zwingende Regelungen zur Kapitalaufbringung und -erhaltung. Nur Frankreich, Grossbritannien, Irland und Zypern verzichten auf ein Mindeststammkapital, wobei Frankreich für das freiwillig aufgebrachte Stammkapital immer noch klassische Kapitalschutzregelungen vorsieht. Deutschland hat erst kürzlich im Zusammenhang mit einer grundlegenden Reform des GmbH-Rechts das »bewährte Haftkapitalsystem der GmbH« beibehalten (BT-Drucks. 16/6140, S. 59) und für die Regel-GmbH am Mindeststammkapitalerfordernis von 25.000 EUR festgehalten. Der deutsche Gesetzgeber hat lediglich mit der Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) eine Sonderform der GmbH mit einem Mindeststammkapitalerfordernis von einem Euro eingeführt, wobei § 5a Abs. 3 GmbHG n.F. für diese Gesellschaftsform immerhin noch eine Pflicht zur teilweisen Thesaurierung von Gewinnen vorsieht.

⁸³ Dazu Richtlinie 93/6/EWG des Rates v. 15.3. 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (Kapitaladäquanz-Richtlinie), ABl. L 141 v. 11. 6. 1993, S. 1 ff., geändert durch RL 98/31/EG (AbL. L 204 v. 11. 6. 1993, S. 13 ff.) sowie Art. 5 der Richtlinie 2000/12/EG des Europ. Parlaments und des Rates über die Auf-

Das traditionelle Kapitalschutzsystem ist Ausdruck einer Kompromisslösung zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteressen, die bei der GmbH seit über hundert Jahren in Kontinentaleuropa praktiziert und immer weiter durch teils komplexe gesetzliche und richterrechtliche Regelungen gegen Missbräuche und Umgehungen abgesichert wurde⁸⁴. Als Kompromiss sind die Regeln zu Mindestkapital, Kapitalaufbringung und -erhaltung, wenn man nur die Gesellschafterinteressen oder nur die Gläubigersicherung im Auge hat, sicherlich jeweils als zu aufwändig bzw. nicht hinreichend effektiv angreifbar und im Detail möglicherweise auch noch verbesserungsfähig⁸⁵. Man sollte sie aber dennoch nicht einfach über Bord werfen, ohne sich ihrer Vorzüge bewusst zu sein.

Aus den gerade auch im Zusammenhang mit dem SPE-Statut gemachten Äußerungen der EU-Kommission muss man jedoch den Eindruck gewinnen, dass diese die Grundgedanken des traditionellen Systems nicht mehr zu verstehen bereit ist. Allenfalls erkennt sie noch die Funktion eines Mindestkapitalerfordernisses als Seriositätsschwelle an. Dieser Gedanke fällt dann aber in der Endabwägung gegenüber dem Motiv der Gründungserleichterung nicht mehr entscheidend ins Gewicht⁸⁶. Die für das aufgebrachte Stammkapital charakteristische Doppelfunktion als Finanzierungsquelle des Unternehmens und Haftungsgrundstock für die Gläubiger, wird von der EU-Kommission hingegen ebenso verkannt wie dessen für alle Beteiligten wichtige Rolle als Verlustpuffer in der Phase der Unterbilanz.

aa) Missachtung der Finanzierungsfunktion des aufgebrachten Stammkapitals

Die von den Gesellschaftern zur Deckung des Stammkapitals aufgebrachten Vermögenswerte bilden kein Sondervermögen, das ausschließlich für die Gläubiger als Haftkapital in der Insolvenz reserviert bliebe. Entsprechende Vorschläge, die zuletzt gerade auch wieder in Frankreich zur Stärkung des Gläubigerschutzes laut wurden⁸⁷, haben sich weder in den Mitgliedstaaten noch auf EG-Ebene durchgesetzt. Stattdessen stehen die Aktiven, die von den Gesellschaftern zur Erfüllung ihrer übernommenen Einlageverpflichtungen und da-

nahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (kodifizierte Banken-Richtlinie), ABl. I 126 v. 26.5. 2000, S. 1 ff. (seither mehrfach geändert); näher Jung, Finanzdienstleistungsrecht, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2006, § 20 N. 101 ff.

⁸⁴ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 1980, § 10 IV 1 hat diesen auch bereits im OR von 1881 in ersten Grundzügen verankerten Kompromiss als »Kulturleistung ersten Ranges« bezeichnet.

⁸⁵ Siehe zur verbreiteten Kritik nur die Schlussanträge des Generalanwalts La Pergola vom 16.7. 1998 in der Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1461 Tz. 21; ferner etwa Engert, Die Wirksamkeit des Gläubigerschutzes durch Nennkapital, GmbHR 2007, 337 ff.

⁸⁶ Ziff. 7 Kap. IV der Begründung und Erwägungsgrund 11 zum SPE-VO-E.

⁸⁷ Zur funktionalen Beschränkung des Stammkapitals auf die Gläubigersicherung (sog. capital d'engagement) siehe näher etwa Nurit-Pontier, La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences, D.2003.Chron.1612.

mit auch zur Deckung des statutarisch festgelegten und in der Bilanz ausgewiesenen Stammkapitals aufgebracht werden, zur freien Verfügung der Gesellschaft. Diese Aktiven sind damit entgegen der Ansicht der EU-Kommission⁸⁸ zumindest unmittelbar kein Kostenfaktor. Sie bilden vielmehr einen Fonds zur Finanzierung der Unternehmenstätigkeit und damit gerade auch der entstehenden Gründungskosten. Kosten entstehen nur durch Überwachung der Kapitalaufbringung und -erhaltung namentlich bei Sacheinlagen und insofern, als das aufgebrachte Stammkapital im Unternehmen gebunden ist und wie jedes andere Betriebsmittel bzw. Sicherungsmittel, das an die Stelle des zur Deckung des Stammkapitals aufgebrachten und gegen Ausschüttungen an die Gesellschafter gesicherten Gesellschaftsvermögens treten könnte, Finanzierungskosten in Form von zu leistenden Zinsen oder entgehenden Kapitalerträgen verursacht.

bb) Missachtung der Sicherungsfunktion des Stammkapitals

Auf der anderen Seite verkennt die EU-Kommission die durch ein nennenswertes Mindestkapitalerfordernis und zwingende Regelungen zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung zu gewährleistende Funktion der Sicherung von externen Gläubigern, Arbeitnehmern und Minderheitsgesellschaftern, wenn sie die Gesellschafter als am besten platziert ansieht, den Kapitalbedarf ihrer Gesellschaft zu bestimmen⁸⁹. Mit dem gängigen Hinweis darauf, dass sich die Gläubiger anderweit absichern könnten⁹⁰, wird übersehen, dass dies nur besonders privilegierten Gläubigern möglich sein wird und dass das Vorhandensein von Stammkapital als Haftkapital dem Unternehmen in einigen Fällen die Stellung kostenträchtiger anderweitiger Sicherheiten erspart.

Konsequenz dieser Sichtweise ist zunächst, dass die SPE nach Art. 19 Abs. 4 SPE-VO-E entgegen den Vorschlägen des Europäischen Parlaments⁹¹ und anders als die SE nach Art. 4 Abs. 2 SE-VO und die AG nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 77/91/EWG nur noch über ein Mindeststammkapital von einem Euro verfügen muss. Darüber hinaus enthält der Entwurf nur wenige Regelungen zur Kapitalaufbringung. Das Kapital muss zwar in vollem Umfang von den Gesellschaftern⁹² gezeichnet, jedoch bei Ausgabe nicht in voller Höhe eingelegt werden. So müssen die Gesellschafter zwar zwingend »das vereinbarte Entgelt« für ihre Anteile entrichten, dies jedoch nur »im Einklang mit der Satzung« (Art. 20 Abs. 1 SPE-VO-E). Aus dem Anhang ergibt sich dann etwa, dass die Gesellschafter in der Satzung auf eine Prüfung von Sacheinlagen verzichten

⁸⁸ Ziff. 6 der Begründung zum SPE-VO-E.

⁸⁹ Ziff. 7 Kap. IV der Begründung zum SPE-VO-E.

⁹⁰ Ziff. 7 Kap. IV der Begründung zum SPE-VO-E.

⁹¹ Das Europäische Parlament hat in einer Resolution vom 1. Februar 2007 (P6_TA(2007)0023) ein Mindeststammkapital von 10.000 EUR gefordert; so auch nochmals Änderungsantrag Nr. 23 des Berichtsentwurfs von Lehne (Fn. 28).

⁹² Die Gesellschaft ist nach Art. 23 Abs. 1 VO-E von der direkten oder indirekten Zeichnung ausgeschlossen.

können. Der in Art. 20 Abs. 3 SPE-VO-E enthaltene Verweis auf das am Sitzungssitz geltende nationale Recht, also etwa das deutsche Recht mit seinen relativ strengen Sacheinlagevorschriften, kommt damit nicht zum Zug. Ferner wird es den Gesellschaftern unabhängig vom Sitzstaatsrecht auch möglich sein, in der Satzung bloße Dienstleistungsverpflichtungen als taugliche Einlagen vorzusehen⁹³.

cc) Missachtung der Haftungspufferfunktion

Kein noch so gutes Kapitalschutzsystem kann eine Überschuldung der Gesellschaft in jedem Fall verhindern. Deshalb hat die möglichst vor dem Zugriff durch die Gesellschafter durch Kapitalerhaltungsregeln zu bewahrende Eigenkapitalausstattung einer Gesellschaft und die mit ihr einhergehende Verlustpufferfunktion entscheidende Bedeutung für den Gläubigerschutz⁹⁴. Im Bewusstsein dieser Funktion des Grundkapitals enthält Art. 17 der Richtlinie 77/91/EWG eine Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, wenn jedenfalls ein Verlust in Höhe der Hälfte des gezeichneten Kapitals entstanden ist, damit die Gesellschaft möglichst noch in der Phase der Unterbilanz und vor Erreichen des Überschuldungsstadiums aufgelöst oder saniert wird. Mit der Einberufung der Hauptversammlung wird die Krise der Gesellschaft zudem zu einem relativ frühen Zeitpunkt publik.

Nach dem SPE-VO-E kann demgegenüber das Stammkapital, wenn es denn überhaupt noch in einer nennenswerten Höhe festgelegt wird, diese Verlustpufferfunktion nicht mehr gemeinsam mit den ohnehin nicht mehr zwingend zu bildenden Reserven⁹⁵ erfüllen. Es fehlt nicht nur an einer dem Art. 17 der Richtlinie 77/91/EWG vergleichbaren Einberufungspflicht. Auch der vor einer Ausschüttung, dem Erwerb eigener Aktien oder einer Kapitalherabsetzung nach Art. 21 Abs. 1, 23 Abs. 2 bzw. 24 Abs. 1 SPE-VO-E zwingend stattfindende sog. Bilanztest ist nach dem derzeitigen Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 nur noch am Überschuldungskriterium orientiert⁹⁶. Danach dürfen die genannten Maßnahmen ergriffen werden, sofern die Vermögenswerte der SPE nach der Ausschüttung, dem Erwerb eigener Aktien oder der Kapitalherabsetzung die Schulden noch in vollem Umfang abdecken. Das Eigenkapital der Gesellschaft figuriert zwar auf der Passivseite der Bilanz, gehört aber nach Art. 9 der Richtlinie 78/660/EWG nicht zu den Schulden der Gesellschaft. Der Rückforderungsan-

⁹³ Dazu auch *Maul/Röbricht*, Die Europäische Privatgesellschaft – Überblick über eine neue supranationale Rechtsform, BB 2008, 1574, 1576.

⁹⁴ *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 3, 8.

⁹⁵ Eine Reservenbildung ist auch nach dem Entwurf der Mustersatzung (Teil 1 Ziff. 3.8) nicht vorgesehen.

⁹⁶ Zu dieser in den allermeisten US-Bundesstaaten verbreiteten Form des Bilanztests siehe etwa *Lanfermann/Richard*, Kapitalschutz der Europäischen Privatgesellschaft, BB 2008, 1610, 1612.

spruch der Gesellschaft gegen die zu Unrecht bedachten Anteilseigner besteht zudem nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen⁹⁷. Wenn die EU-Kommission stattdessen die Verlustpufferfunktion des Eigenkapitals wahren möchte⁹⁸, sollte sie den Bilanztest als Ausschüttungssperre nach dem Vorbild von Art. 15 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 77/91/EWG ausgestalten. Nach dieser Vorschrift ist eine Ausschüttung, abgesehen von Fällen der Kapitalherabsetzung, nämlich nur insoweit zulässig, als das im Jahresabschluss ausgewiesene Nettoaktivvermögen den Betrag des gezeichneten Kapitals zuzüglich der gesetzlichen oder statutarischen Rücklagen überschreitet⁹⁹. Soweit sich die EU-Kommission lieber am englischen Gesellschaftsrecht orientieren möchte, sollte sie sich mit den am Begriff der distributable profits orientierten detaillierten Ausschüttungsregelungen in Section 829 ff. des Companies Act 2006 näher auseinandersetzen.

Immerhin unterliegen die stammkapitalrelevanten Zahlungen an die Geschäftsführer nach dem Verordnungsentwurf noch insgesamt dem nationalen Recht, so dass hier die der Kapitalerhaltung verpflichteten mitgliedstaatlichen Regelungen¹⁰⁰ weiterhin zur Anwendung gelangen können.

c) Verzicht auf eine Einführung von alternativen Schutzkonzepten

In den allermeisten EU-Mitgliedstaaten besteht zwar auch bei der GmbH seit langem ein kapitalgestütztes Schutzsystem, doch muss dies die EU-Kommission nicht unbedingt daran hindern, über Alternativen¹⁰¹ nachzudenken und diese bei einer supranationalen Gesellschaftsform wie der SPE zu erproben. Doch auch diese Chance wird von dem jetzt vorliegenden Statutenentwurf nicht ergriffen. Die EU-Kommission begnügt sich mit der weitgehenden Demontage des traditionellen Kapitalschutzsystems und verzichtet andererseits auf die Einführung von in einzelnen Mitgliedstaaten erprobten alternativen Schutzmechanismen. So wird von der zwingenden Einführung eines effektiven Solvenztests bzw. -statements¹⁰² als Ausschüttungsvoraussetzung mit der Begründung abgesehen, dass ein solcher Test, der mit einer strengen Haftung der Geschäftsleiter

⁹⁷ Änderungsantrag Nr. 27 des Berichtsentwurfs von *Lehne* (Fn. 28) verzichtet mit Recht auf dieses Erfordernis.

⁹⁸ Hierfür spricht die Tatsache, dass die EU-Kommission auf S. 30 ihres Commission Staff Working Document zur SPE (Fn. 80) neben dem Solvenz-Test einen Bilanz-Test nach Massgabe der Richtlinie 77/91/EWG als Option erwog.

⁹⁹ In diese Richtung geht auch der allerdings die Rücklagen ausser Betracht lassende Änderungsantrag Nr. 25 des Berichtsentwurfs von *Lehne* (Fn. 28).

¹⁰⁰ Siehe z. B. § 43a dtGmbHG.

¹⁰¹ Siehe dazu etwa den knappen Überblick bei *Eidenmüller/Engert*, Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht, GmbHR 2005, 433, 437 sowie die von der EU-Kommission in Auftrag gegebene ausführliche KPMG Studie »Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime« von 2008 (Contract ETD/2006/IM/F2/71).

¹⁰² Siehe Section 643 CA 2006 zu einer möglichen Form dieses Tests bzw. Statements.

einherginge, nur in wenigen Mitgliedstaaten etabliert sei¹⁰³. Auf den Verzicht, den Betrag des aufgebrachtten Stammkapitals oder die Tatsache der Haftungsbeschränkung wenigstens zum Gegenstand der Briefkopfpublizität zu machen, wurde bereits hingewiesen. Auch die etwa aus dem französischen¹⁰⁴ oder englischen¹⁰⁵ Recht bekannte strenge Haftung von formellen und faktischen Geschäftsführern in der Insolvenz der Gesellschaft wurde in den SPE-Statutenentwurf nicht übernommen. Immerhin enthält das Statut überhaupt keine insolvenzrechtlichen Regelungen, so dass die Haftungsinstitute im Falle ihrer Qualifikation als insolvenzrechtlich von den Mitgliedstaaten nach Art. 4 SPE-VO-E beibehalten bzw. eingeführt werden könnten¹⁰⁶.

6. Zulassung der gespaltenen Sitzwahl

In Übereinstimmung mit der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit möchte die EU-Kommission der SPE auch eine gespaltene Sitzwahl ermöglichen. Daher kann eine SPE im Gegensatz zu den anderen supranationalen Gesellschaftsformen¹⁰⁷ ihren Sitzungssitz unabhängig von der Lage des tatsächlichen Hauptverwaltungssitzes wählen (Art. 7 UAbs. 2 SPE-VO-E). Dies ermöglicht den Gesellschaftern die freie Wahl des Sitzungssitzes bei der Gründung und unter den in Art. 35 ff. SPE-VO-E genannten Voraussetzungen auch dessen freie spätere Verlegung. Da das vom SPE-Statut weder unmittelbar noch mittelbar über die Satzung geregelte Gesellschaftsrecht an den Sitzungssitz angeknüpft wird, ist mit der Sitzungssitzwahl auch eine beschränkte Rechtswahl verbunden. Diese Rechtswahl kann dazu genutzt werden, zwingende Vorschriften des am Hauptverwaltungssitz geltenden Gesellschaftsrechts zu umgehen.

Die politisch brisanteste Umgehungsmöglichkeit eröffnet sich im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung. Denn nach Art. 34 Abs. 1 SPE-VO-E unterliegt auch diese grundsätzlich dem am Sitzungssitz geltenden Recht, so dass etwa eine in Schweden, Dänemark oder Deutschland der Arbeitnehmermitbe-

¹⁰³ Ziff. 7 Kap. IV der Begründung zum SPE-VO-E; auch nach dem vorliegenden Entwurf der Mustersatzung (Teil 1 Ziff. 3.4) ist ein Solvenzttest nicht vorgesehen.

¹⁰⁴ Zur sog. *action en comblement du passif* nach Art. 624–3 Code com. siehe etwa *Calvo*, *L'action en comblement de passif et la notion de faute de gestion*, *Petites affiches* du 27 mai 1998, 13 ff. sowie in deutscher Sprache *Fleischer*, Außenhaftung der Geschäftsleiter im französischen Gesellschaftsrecht, *RIW* 1999, 576 ff.

¹⁰⁵ Zur Haftung für sog. *wrongful trading* nach s. 214 *Insolvency Act 1986* siehe in deutscher Sprache und teils krit. *Habersack/Verse*, *Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, *ZHR* 168 (2004), 174 ff.

¹⁰⁶ Nach Erwägungsgrund 6 SPE-VO-E liegt das Insolvenzrecht gänzlich ausserhalb des Regelungsbereichs der SPE-VO.

¹⁰⁷ Art. 12 EWIV-VO (Fn. 19), Art. 7, 64 Abs. 2 SE-VO (Fn. 19) und Art. 6 SCE-VO (Fn. 19). Die Kommission erwägt allerdings, auch der SE die gespaltene Sitzwahl zu ermöglichen (vgl. Mitteilung KOM(2007) 394 endg. [Fn. 26], Anhang 3.2).

stimmung auf Unternehmensebene unterliegende GmbH sich dieser Verpflichtung durch die Wahl eines englischen Sitzungssitzes bei der Gründung entledigen könnte¹⁰⁸. Nur im Falle einer nachträglichen Verlegung des Sitzungssitzes einer SPE oder der grenzübergreifenden Verschmelzung würden Art. 34 Abs. 2 i. V. m. Art. 38 SPE-VO-E bzw. Art. 34 Abs. 3 SPE-VO-E i. V. m. den Vorschriften der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG grundsätzlich das bestehende Mitbestimmungsniveau sichern.

Unabhängig vom grundsätzlichen Standpunkt, den man gegenüber der Mitbestimmung einnimmt, verdeutlicht die Möglichkeit ihrer Umgehung die generelle Notwendigkeit, die Auswirkungen der prinzipiell freien Sitzungssitzwahl durch Sonderanknüpfungen zugunsten des am Hauptverwaltungssitz geltenden Rechts zu beschränken. Aufgrund der vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit bestehenden primärrechtlichen Vorgaben kann das SPE-Statut solche Sonderanknüpfungen allerdings nur dort zulassen, wo diese Sonderanknüpfungen dem verhältnismäßigen Schutz zwingender Allgemeininteressen dienen. Ob etwa die Mitbestimmung – insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen – ein solches zwingendes Allgemeininteresse darstellt, ist seit längerem umstritten¹⁰⁹.

III. Voraussichtliche Akzeptanz des SPE-Statutenentwurfs

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann man über die Akzeptanz des von der EU-Kommission vorgelegten Entwurfs naturgemäß nur spekulieren. Es ist gerade auch vor dem aktuellen Hintergrund der Turbulenzen auf den internationalen Finanzmärkten nicht ausgeschlossen, dass das Projekt insgesamt auf relevante Ablehnung stößt¹¹⁰. Sicherlich wird es im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens noch zu kleineren und möglicherweise auch zu größeren Änderungen am Verordnungsentwurf kommen¹¹¹. Der politische Wille zur raschen Realisierung der Verordnung, die ab dem 1. 7. 2010 die Gründung von SPE ermöglichen soll, ist jedenfalls schon seit längerem bei den betroffenen Wirt-

¹⁰⁸ Deshalb sieht Änderungsantrag Nr. 43 des Berichtsentwurfs von *Lehne* (Fn. 28) auch eine gewisse Bestandsschutzregelung für Gründungssachverhalte vor.

¹⁰⁹ *Bayer*, Zulässige und unzulässige Einschränkungen der europäischen Grundfreiheiten im Gesellschaftsrecht, *BB* 2002, 2289 ff.; *Sandrock*, Gehören die deutschen Regelungen über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene wirklich zum deutschen *ordre public*?, *AG* 2004, 57 ff.; *Schwark*, Globalisierung, Europarecht und Unternehmensmitbestimmung im Konflikt, *AG* 2004, 173 ff.

¹¹⁰ Die Verabschiedung einer auf Art. 308 EGV gestützten Verordnung bedarf eines einstimmigen Ratsbeschlusses.

¹¹¹ Siehe dazu etwa die bereits vorliegenden Änderungsvorschläge des Berichterstatters im Europäischen Parlament *Lehne* (Fn. 28) und die Stellungnahme des deutschen Bundesrats vom 10. 10. 2008 (BR-Drucks. 479/08).

schaftsverbänden und beim Europäischen Parlament sowie seit kurzem auch bei der EU-Kommission vorhanden.

Die Kommission rechnet für den Fall des Erlasses eines attraktiven SPE-Statuts mit etwa 1,15 Millionen Unternehmen, die sich für diese supranationale Gesellschaftsform interessieren könnten¹¹². Auf der anderen Seite sollte man sich von der SPE auch keine Wunder im Bereich der binnenmarktbezogenen Mittelstandsförderung erhoffen. Der geringe Anteil der kleinen und mittleren Unternehmen am grenzüberschreitenden Handel dürfte zudem nur zu einem kleinen Teil durch rechtliche Hindernisse bedingt sein. Auch hinsichtlich dieser rechtlichen Hindernisse ist es dabei von Bedeutung, dass selbst eine SPE mit einem weitgehend einheitlichen gesellschaftsrechtlichen Statut den Betroffenen nicht die Abklärung gewisser ergänzender gesellschaftsrechtlicher Punkte sowie von Fragen des Steuer-, Arbeits-, Rechnungslegungs-, Insolvenz-, Handels- und Zivilrechts im Ausland erspart wird.

Die SPE weist zudem in ihrer aktuellen Ausgestaltung gerade für kleine und mittlere Unternehmen bedeutsame Nachteile auf, die kaum durch entsprechende Vorteile kompensiert werden. So entsteht aus dem komplexen Zusammenspiel zwischen supranationalem Statut, Satzung und nationalem Recht nicht nur zusätzlicher Gestaltungs-, Auslegungs- und Beratungsbedarf. Die zahlreichen Rechtsfragen sind auch sehr viel weniger durch Rechtsprechung und Doktrin geklärt. Die Wahl einer supranationalen Gesellschaftsform kann zudem im traditionellen Geschäftsumfeld von kleinen und mittleren Unternehmen auf Akzeptanzprobleme stoßen oder gar den Verdacht von Missbräuchen hervorrufen. Schließlich können die supranationalen Gesellschaftsformen wegen des von Art. 308 EGV geforderten Einstimmigkeitsprinzips nicht so leicht durch den europäischen Gesetzgeber an neue Entwicklungen angepasst werden¹¹³.

Auf der anderen Seite bietet die Wahl einer supranationalen Gesellschaftsform den kleinen und mittleren Unternehmen nur einen vergleichsweise geringen Nutzen. Die bislang wichtigsten Motive für die Wahl einer supranationalen Gesellschaftsform¹¹⁴, nämlich der europaweit einheitliche Auftritt unter einer Firma, die einheitliche Organisation von Tochtergesellschaften im Binnenmarkt, die Haftungsbeschränkung auf die jeweilige Auslandsgesellschaft, die weitgehende nationale Neutralität der supranationalen Rechtsform bei Fusionen bzw. Kooperationen unter Gleichen, der Gewinn an Flexibilität in der Organisation der Gesellschaft und die Vermeidung bzw. Abmilderung der un-

¹¹² Zitiert nach Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 1. 7. 2008, S. 19 (Europäische Rechtsform für den Mittelstand).

¹¹³ Zu diesem sog. Versteinerungseffekt siehe generell und für das Mitentscheidungsverfahren relativierend *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 28 f.

¹¹⁴ Zu diesen näher *Fountoulakis/Jung* (Fn. 39), 532 ff.

ternehmerischen Mitbestimmung spielen praktisch nur für größere Unternehmen eine nennenswerte Rolle. Ob eine SPE mit Sitz im Ausland gegründet wird, um die Reputation der ausländischen Niederlassung durch eine rechtliche Verselbständigung und das Ansehen der dann im Ausland als Geschäftsführer handelnden Personen zu erhöhen¹¹⁵, scheint fraglich. Damit die Gründer einer SPE von möglichen Steuervorteilen profitieren können, muss zumindest noch der Anwendungsbereich der Steuerrichtlinien auf die SPE ausgedehnt werden¹¹⁶.

IV. Schlussbemerkung

Der deutsche Gesellschaftsrechtler Zöllner¹¹⁷ hat einmal halb scherzhaft gemeint, dass ein GmbH-Gesetzgeber immer nur die Wahl habe, ob er die Gesellschaft der Unterwelt oder aber nur der Halbwelt zuordnen wolle. Die EU-Kommission hat sich mit ihrem Entwurf für ein SPE-Statut, der liberalisierende Elemente ohne entsprechende ausgleichende Schutzmaßnahmen kombiniert, offenbar für die Unterwelt entschieden. In dem Bemühen, die supranationale Gesellschaftsform möglichst einheitlich und für die Gründer vordergründig so attraktiv wie möglich auszugestalten, bricht die EU-Kommission mit traditionellen Grundsätzen des EG-Gesellschaftsrechts in den Kernbereichen Regelungstechnik, Gründungskontrolle, Publizität, Kapitalschutz und Mitbestimmung. Die EU-Kommission hat keine Rechtsform zur Erleichterung der grenzüberschreitenden Tätigkeit von KMU, sondern ein Instrument zur Umgehung nationaler Schutzstandards in weiten Bereichen des Kontinents vorgeschlagen. Sie beteiligt sich mit der SPE am Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsgesetzgeber nach unten. Dies geht nicht nur zu Lasten des gesellschaftsrechtlichen Gläubiger- und Minderheitenschutzes, sondern birgt auch Gefahren für die Gesellschafter und Geschäftsleiter der SPE selbst. Es genügt nicht, dass eine SPE leicht und kostengünstig gegründet werden kann, sie sollte im Interesse aller Beteiligten auch eine solide Zukunft haben. Insoweit sind die niedrige Überlebensra-

¹¹⁵ So *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 44), 925.

¹¹⁶ Anzupassen wären (vgl. zu entsprechenden Plänen der EU-Kommission Ziff. 2 der Begründung zum SPE-VO-E) die Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 225 vom 20. 8. 1990, S. 6 ff., die Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. L 225 vom 20. 8. 1990, S. 1 ff. und die Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 3. Juni 2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 157 vom 26. 6. 2003, S. 49 ff.

¹¹⁷ *Zöllner* (Fn. 72), 175.

te¹¹⁸ und der schlechte Ruf¹¹⁹ der in Deutschland tätigen englischen Limiteds, deren Schutzniveau von der SPE noch unterboten wird, nicht gerade ermutigend. Auch in Frankreich hat sich die SARL mit geringem Stammkapital offenbar bislang nicht durchsetzen können¹²⁰. Es sind daher Zweifel angebracht, ob mit der SPE in ihrer derzeitigen Ausgestaltung den Unternehmen und damit letztlich auch dem Renommee der Europäischen Gemeinschaft und Union ein guter Dienst erwiesen wird. In jedem Fall setzt sich die Kommission in Widerspruch zum bislang geltenden EG-Gesellschaftsrecht.

¹¹⁸ Nach einem Jahr liegt sie bei höchstens 52% und nach zwei Jahren bei nur noch bei 3%, wobei auch die Insolvenzquote mindestens doppelt so hoch liegt wie allgemein. Demgegenüber geraten die mit dem bisherigen Mindeststammkapital gegründeten Gesellschaften mbH nur zu 2,5% in Schwierigkeiten; näher dazu *Niemeier*, Die »Mini-GmbH« (UG) trotz Marktwende bei der Limited?, ZIP 2007, 1794, 1799.

¹¹⁹ Nach einer Untersuchung des Bundesverbandes Deutscher Unternehmensberater (BDU) e.V. und des Wirtschaftsmagazins »Impulse« genießt die englische Limited in Deutschland keinen guten Ruf. Zwei Drittel der befragten Unternehmensberater sahen die Akzeptanz der Limited bei Zulieferern und anderen Partnern mit langfristigen Vertragsbeziehungen als eher gering an und bei Kreditgebern waren es sogar knapp 90 Prozent (siehe dazu die Pressemitteilung unter http://www.presseportal.de/pm/9562/1018281/bdu_bundesverb_dt_unternehmensberater).

¹²⁰ In Frankreich erfolgten nach Inkrafttreten der Loi no. 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, J.O. no. 179 du 5 août 2003, p. 13449 (sog. Loi Dutreil) zwischen August und Dezember 2003 insgesamt etwa 55.000 SARL-Gründungen, wovon 3068 ein Kapital von weniger als 10 EUR und 798 ein solches zwischen 10 EUR und dem bisherigen Mindeststammkapital von 7500 EUR auswiesen (Angaben des Ministre délégué aux petites et moyennes Entreprises, au Commerce, à l'Artisanat, aux Professions libérales et à la Consommation au sujet des résultats de la mise en place du plan »création d'entreprise à 1 euro«, JOAN du 15 juin 2004, p. 4402 = Rev. soc. 2004, p. 975 s.). Während damit die Quote landesweit etwa bei 7% der Neugründungen lag, kam es in Paris immerhin zu einem Neugründungsanteil von etwa 13% (La Tribune du 21 janvier 2004).